

O CONSTRUTIVISMO DE FRANÇOIS GENY E A METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER: HÁ UM PARALELISMO POSSÍVEL ENTRE A ESCOLA DA LIVRE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA E A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO?

Vinícius de Mattos Magalhães

Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela

Universidade Federal do Ceará

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

RESUMO: o presente trabalho possui o escopo de investigar se há, entre a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller e a Escola da Livre Investigação Científica de François Geny, um possível paralelismo. Isto porque ambos os autores reconhecem a insuficiência da literalidade dos dispositivos legais na resolução de problemas; buscam uma aproximação entre o Direito e a Realidade; reconhecem a importância do trabalho multidisciplinar na determinação da parcela da *realidade* aplicável ao caso concreto, entre outras semelhanças normativas. Partindo desta hipótese de trabalho, analisou-se a teoria de François Geny – fazendo-se, antes, uma breve análise da Escola da Exegese, que Geny buscou infirmar – e, posteriormente, expôs-se, em linhas gerais, a Teoria Estruturante do Direito e os métodos de concretização da Constituição propugnados por Friedrich Müller, para, em um passo final, concluir-se pela existência de inúmeras semelhanças nas teorias dos referidos autores, sobretudo em relação à categoria normativa “*construído*” de François Geny e o “*âmbito da norma*” de Friedrich Müller, que expressam a parcela do texto da norma responsável pela apreensão da realidade determinante para a solução do caso.

1 INTRODUÇÃO

Um dos focos mais frequentes dos debates acadêmicos contemporâneos concentra-se nas controvérsias normativas relacionadas aos limites e *métodos* de interpretação constitucional. A Hermenêutica ganha, inequivocamente, um espaço significativo no debate, na medida em que as constituições modernas costumam possibilitar uma ampla atuação interpretativa por parte daqueles que a aplicam: seus textos costumam granjear um arsenal considerável de princípios, consagrando-os, nos meandros de sua positividade, como verdadeiras *normas jurídicas*, qualidade que durante tanto tempo lhes foi negada. A abertura linguística de seus preceitos – que normalmente consagram valores e ideologias dominantes em determinado tempo – possibilita um contato imediato do intérprete com a realidade, ou, para usar uma linguagem da teoria autopoiética do Direito, do *sistema* com o seu *entorno*.

Com a ascensão dos princípios às constituições e com o reconhecimento de sua *normatividade* na *positividade* do Direito, numa idade teórica que Paulo Bonavides tem denominado de pós-positivista – por questionar algumas das teses centrais do positivismo que prevaleceu no início do séc. XX –, ganha espaço cada vez mais significativo o debate acerca da interpretação constitucional. Quais seriam os limites de atuação do intérprete – e, precipuamente, do *Guardião da Constituição* – na fixação

dos parâmetros e dos mecanismos de efetivação do texto constitucional? Se a Constituição é marcada por normas jurídicas que possuem uma *textura essencialmente aberta*, para usar a expressão de Hebert L. Hart, como afinar a abstratividade dos princípios com as especificidades do caso concreto?

Perguntas como essa deram espaço à publicação de diversos trabalhos, que, no Brasil, ganharam significativo espaço nos periódicos brasileiros, principalmente quando as ideias de Konrad Hesse passaram a fazer parte do discurso teórico de diversos constitucionalistas, prática que vem sendo denominada por Virgílio Afonso da Silva como uma tentativa de se fazer “Direito Constitucional alemão no Brasil”.

Indiscutivelmente relevante para um completo deslinde de tais discussões e reluzindo para os poucos que o acessam – talvez pela dificuldade, até bem pouco tempo presente, concernente à ausência de tradução de suas principais obras para o português –, um importante teórico do Séc. XX apresenta uma alternativa muito valiosa à problemática supra aludida no âmbito da Teoria do Direito, com implicações práticas significativas para a Hermenêutica Constitucional. Com a *Teoria Estruturante do Direito*, Friedrich Müller examina não apenas a estrutura das normas jurídicas e os limites de sua interpretação – numa perspectiva que vai denominar-se *concretista* –, mas também a complexidade de toda a ordem jurídica e o modo como a *ciência* do Direito – ou de sua sempre presente ambição de se afirmar enquanto tal – deve orientar-se, não deixando de se debruçar sobre a importante discussão acerca do *método*, sua utilidade e limitações.

Aquilatar a importância teórica de sua investigação no âmbito da Hermenêutica traduz o principal escopo do presente trabalho, que buscará, sob o ângulo de uma análise comparativa, traçar um paralelo entre a *Teoria Estruturante do Direito* e a *Escola da Livre Investigação Científica*, utilizando-se, como referencial teórico, Friedrich Müller, quanto à primeira, e François Geny, quanto à segunda. Tentar-se-á, neste contexto, relacionar as ideias de Müller com as ideias do pensador francês, cujas categorias principais de trabalho, no âmbito da interpretação do Direito, são o *dado* e o *construído* – conforme oportunamente se verá – que possuem algumas semelhanças com a pretensão de Friedrich Müller na inclusão da figura do *âmbito normativo* no seio do seu conceito de norma jurídica.

Para viabilizar a realização do mencionado propósito científico, percorrer-se-á o seguinte caminho: de início, os fundamentos da teoria de François Geny serão brevemente articulados, fazendo-se antes uma análise da principal escola contra a qual Geny se insurgiu: a *Escola da Exegese*; em seguida, a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller será explicitada, no escopo de, em um passo final, buscar-se um paralelismo – existente ou não – entre ambos.

2 DA ESCOLA DA EXEGESE À ESCOLA DA LIVRE INVESTIGAÇÃO DO DIREITO

No início do século XIX, a racionalidade humana gozava de plena confiabilidade. Acreditava-se que nela se poderia “achar solução para tudo”, deslocando-se a pretensão de verdade do cosmoteologismo – que a identificava com a figura divina ou com a “natureza das coisas” – para a racionalidade do homem na ambiência do primado da *subjetividade*. É neste contexto de elevada confiança no poder da racionalidade humana que surge a chamada *Escola da Exegese*. A lei, como

expressão *jurídica* da racionalidade humana, seguindo a esteira da crença dominante de sua potencialidade decisiva, traduzia a ideia de que nela estavam plasmadas as soluções para todos os problemas. O sentido de sua literalidade deveria ser buscado mediante uma interpretação estritamente gramatical. Do *texto*, e tão-somente dele, se poderia extrair o seu real alcance.

Em outras palavras, “a Escola da Exegese estiola o sentido – e o Direito – nos apertados termos da lei.” Neste campo, cujos vértices emolduravam a postura limitada do aplicador do direito, ganha espaço a exposição tão-somente literal dos dispositivos previstos nas codificações. Estilhaçava-se o sentido e exaltava-se a literalidade da lei, exumando-se a sepultada noção pandectista de que o aplicador do Direito era um mero autômato, instrumentalizador de uma “geometria pretensiosa”, apenas lhe restando a função simples de equalizar os casos concretos nos meandros da gramática consagrada na literalidade da lei. Esta, por sua vez, gozava de um relevante prestígio, sentimento que se convencionou chamar de *fetichismo legal*.

Sob o prisma da visão exegetica, o aplicador da lei não deve se preocupar com o *sentido* que ela busca consagrar: seu esforço é direcionado a uma lógica quase silogística, simplista e estreita, em se que busca tão-somente verificar se os fatos que o Direito busca regular se encaixam na entronizada literalidade da lei.

A ingenuidade da Escola da Exegese foi imaginar que o ato de aplicação da lei é neutro, isento, não influenciado pelas *pré-compreensões* daquele que interpreta e pela mutabilidade das circunstâncias que subjazem ao universo jurídico. Não por outra razão, anota Raimundo Bezerra Falcão que “literalidade estreita significa coerção sobre as alternativas de sentido, mediante a eleição, quase sempre interesseira, de um ou outro sentido que mais de perto atenda a certos objetivos particularísticos”.

A *Escola da Exegese* fez-se notar durante mais de um século, e podem ser identificadas três fases principais, embora seja imperioso afirmar que estas “fases” não passam, na metáfora de Perelman, de “cortes cinematográficos”: a primeira, com a promulgação do Código Civil Francês de 1804, que se estende até meados de 1830 a 1840; a segunda, com o seu apogeu, que é marcante até 1880; o último, com o seu declínio, marcado pela reação aos exegetistas, principalmente após a formulação hermenêutica de François Géný. A estas fases Raimundo Bezerra Falcão acrescenta uma, capitaneada por juristas franceses que insistem em sua aplicação na modernidade, tais como Capitant, Planiol e Ripert.

A reação aos exegetistas surge de uma constatação desta falibilidade da Escola do apeço à literalidade da lei. No momento em que os fatos sociais cristalizam a mutabilidade do Direito e demonstram que o método exegetico não os acompanha, passa-se a buscar um *método* que concilie a tradição literal do texto com as possibilidades sociais que seus efeitos podem viabilizar. Desalgema-se o *sentido* das limitações inerentes à literalidade da lei e da busca incessante pela *mens legislatoris*, ungindo-o, novamente, a uma categoria de destaque, a conferir nova vida à interpretação jurídica. Dá-se início a um movimento que Simone Goyard-Fabre chama de “invasão do direito pelo fato”, que em suas palavras pode ser assim descrito: “os âmbitos da razão jurisladora ficam, dizem, mais flexíveis com o contato com a experiência” levando a autora a afirmar que o Direito “assumiu uma fisionomia mais dúctil e flexível”.

François Géný figura como a expressão mais notória deste movimento contra-exegetista, que restou conhecido como *Escola da Livre Investigação do Direito*, cujas bases se assentam na premissa de que os fatos sociais reclamam uma postura diversa

daquela perfilhada pelos signatários da *Escola da Exegese*. Segundo ele, não apenas pela literalidade da lei resolvem-se os conflitos sociais, mas também pelo manejo de variáveis como o costume, a analogia e a livre pesquisa científica realizadas pelo aplicador do Direito. A crítica de Geny ao que ele chama de método tradicional – provavelmente referindo-se à Escola da Exegese – foi formulada nos seguintes termos:

[...] hay que renunciar, aun en nuestro régimen de codificación, a encontrar en la ley escrita una fuente completa y suficiente de soluciones jurídicas. Por otra parte, el sistema de concepciones abstractas y construcciones puramente lógicas es impotente para dotar a la investigación científica de otra cosa que de um instrumento de exploración, sin valor objetivo, que puede sugerir soluciones, pero incapaz por si solo de demostrar el fundamento sólido, ni de adquirir el mérito intrínseco y la verdad durable.

Esta crítica é tida por Alexandre Araújo Costa como absolutamente atual, na medida em que o dogmatismo jurídico, aliado à atuação meramente silogística do decisionismo judicial, ainda hoje aniquila o sentido do Direito mediante a exaltação da legalidade, na exata medida em que o esforço de interpretação é basicamente lógico e puramente legalista.

Geny formula uma crítica importante à busca incessante capitaneada pelos signatários da Escola da Exegese da chamada *vontade do legislador*. Para o francês, os métodos tradicionais falham de modo grave quando há a necessidade de se buscar na lei uma vontade não explicitamente proclamada pelo legislador. Nestes casos, escreve o famoso representante da Escola da Livre Investigação Científica,

el intérprete, por la fuerza misma de las cosas, propende a sustituir con sus ideas propias las que no encuentra [...] De suerte que, con el pretexto de respetar mejor la ley, se desnaturaliza su esencia”. Com base nisto, prossegue afirmando que “en los jurisconsultos que pregonan la más escrupulosa veneración por el texto legal, se hallan a veces ideas enteramente personales que atrevidamente imputan al legislador”. Com arrimo nesta crítica, Geny formula o questionamento chave que pavimentará o caminho de sua formulação teórica: “No sería, no solo más sincero, sino más adecuado a la elevada finalidad de la elaboración del derecho positivo, el reconocer su verdadero carácter a las concepciones subjetivas y abandonarles su debido campo de aplicación en la esfera de interpretación?”

Em suma, as críticas de François Geny podem ser resumidas a dois pontos específicos em relação ao que ele chama de métodos tradicionais de interpretação: primeiro, o fato de que toda solução jurídica deve estar relacionada direta ou indiretamente à literalidade da lei – caindo, ainda, na ilusão metafísica de que o

intérprete *pode* conhecer a essência do objeto investigado –; segundo, a circunstância de que os ideais interpretativos preconizados por estes métodos se regem por uma lógica simplista, principalmente dedutivista, e por conceitos abstratos que, pretensamente, põem-se aprioristicamente ao intérprete e ao próprio legislador.

Embora formule uma crítica calorosa ao *fetichismo legal* e aos métodos que centralizam o *sentido* determinado pela interpretação na positividade do Direito – que, para François Geny, acabam por desaguar em um subjetivismo ainda maior, especialmente, quando se está diante de uma *lacuna* – o jurista francês não decretou o fim da importância da literalidade da lei. A bem da verdade, para Geny as fontes formais do Direito (a lei e o costume, que para Geny integra o campo de fontes formais) devem constituir o primeiro passo no esforço interpretativo, sob os limites de cuja circunscrição opera-se a ideia de *construtivismo* que irá perfilhar. Apenas quando for insuficiente o seu manejo é que o aplicador do Direito poderá fazer uso de uma livre investigação científica *construtiva*, já que “nestas hipóteses, e apenas nelas, o intérprete poderá exercer uma atividade criativa e não meramente aplicativa”, ou, como sublinha Geny, “la investigación científica del intérprete no interviene com plena libertad más que para suplir las fuentes formales (ley, costumbre) defectuosas”.

Não se trata, segundo Geny, de uma abertura à livre escolha arbitrária e criativa do Direito por parte dos juízes e dos demais aplicadores do Direito, embora Lênio Luiz Streck afirme que, o que Geny promoveu foi uma substituição do primado da *vontade do legislador* pela *vontade do juiz*. Entretanto, Geny postula, com a sua *Escola da Livre Investigação do Direito*, a utilização de um instrumental de índole *supletiva*, na medida em que considera, antes de qualquer coisa, o *dado* pela legislação, para somente *depois de constatada a sua insuficiência resolutive*, concentrar-se na *construção* investigativa. São as categorias principais trabalhadas por Géný: o *dado* e o *construído*. O maior desafio para o intérprete será delimitar a abrangência de cada um destas esferas normativas.

O desafio, que ora se coloca em tablado, radica em precisar o campo teórico sobre o qual se adoesce esta categoria desenvolvida por François Geny: o *construído*. Qual o sentido atribuído a esta expressão na literatura jurídica do francês? Quais os limites oponíveis ao intérprete no exercício desta atividade *construtiva*?

Com esta categoria, François Geny busca demonstrar que o intérprete, em determinados casos, não terá nenhuma alternativa quando, diante de uma determinada controvérsia para cuja solução as fontes formais revelaram-se insuficientes, verificar que será necessário valer-se de outros elementos. Buscando evitar o *subjetivismo judicial*, por ele rechaçado, Geny traceja o *construído* como uma categoria compatível como o que hoje se entende por equidade, conforme exprime Alexandre Araújo Costa. Criticando a tradicionalidade do *fetichismo legal* e de suas consequências, Geny buscava, com esta categoria, evitar as soluções subjetivistas difundidas a pretexto de que subscritas aos reclames do legislador e à sua vontade original. Sob o ângulo da falibilidade dos métodos tradicionais, o jurisconsulto francês propõe que esta atitude *supletiva* se dê, mediante critérios controláveis e objetivamente descritíveis, de modo a controlar uma ideia que depois seria desenvolvida por Kantarowicz na Escola do Direito Livre.

Talvez a crítica de Warat a François Geny possa se afigurar oportuna neste particular: o maior mérito de Geny foi o sepultamento da Escola da Exegese, já que o conteúdo da esfera *construtiva* por ele delimitada não é facilmente demarcável. Sua

influência na atualidade, contudo, é ainda tão significativa que suas ideias permeiam legislações consideradas ainda importantes por muitos civilistas, tal como a Lei de Introdução ao Código Civil, que em seu art. 4º e 5º prescreve a *supletividade* de algumas outras fontes secundárias do direito. Em outras palavras, segundo aqueles dispositivos legais, ainda em vigor no Brasil – embora resabidamente descompassados com as atuais discussões da hermenêutica jurídica – o primeiro passo a ser dado pelo intérprete é debruçar-se sobre o que lhe foi *dado* pela positividade do Direito. Verificada a insuficiência desta inquirição – e somente nesta hipótese – impõe-se ao intérprete uma postura distinta, que a despeito de criativa, subsume-se a um ideal de cientificidade, já que busca permear-se de elementos objetivos.

Portanto, o *construtivismo* amealhado pelos ideais cristalizados na *Escola da Livre Investigação do Direito* não traduz uma ideia de *liberdade criativa* desvinculada da lei. “Gény não ousou ir contra a lei”, bem acentuou Raimundo Bezerra Falcão. Ainda que o jurista possa se valer de outros meios de solução dos problemas advindos da interpretação do Direito, na ambiência polivalente de sua dinâmica sociológica factual, a lei ainda deve ser a diretriz, sob cuja circunscrição caminhará o esforço interpretativo.

A despeito desta afirmação, não se pode ignorar que a teoria de Geny, embora tenha introduzido o paradigma do sociologismo na hermenêutica jurídica, o fez de modo incompleto e desvinculado de uma preocupação mais aprofundada de propor uma estrutura de controle, a fim de evitar eventuais – e prováveis – decisionismos nas esferas de delimitação do conteúdo da lei. Não deixou, ainda, de cair na ilusão – típica da hermenêutica clássica – de que o intérprete pode conhecer o conteúdo da lei no sentido por ele mencionado, ou seja, a sua essência, no já superado esquema epistêmico *sujeito-objeto*, que, com Heidegger e Gadamer, vem a ser substituído pelo modelo *sujeito-sujeito*, haja vista que o Direito – e em especial a Hermenêutica – não pode se divorciar do horizonte epistemológico trazido pela filosofia da linguagem.

3 A METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER

Uma das maiores preocupações de Friedrich Müller, com a Teoria Estruturante do Direito (ou da norma jurídica) e com a *metódica* concretista, é, certamente, possibilitar uma união harmônica e o quanto mais racional possível entre o “direito” e a “realidade”, buscando superar o dogma positivista, de inspiração neokantista, da separação inconciliável entre ser e dever ser, reificando-se “prescrições legais e conceitos jurídicos em mera preexistência, que facilmente abandona o chão da positividade historicamente fixada e se converte em metafísica de má qualidade.” As primeiras páginas de seu *Strukturierende Rechtslehre (Teoria Estruturante do Direito)* são dedicadas a uma investigação, no plano da teoria das ciências, acerca dos pressupostos subjacentes às ciências humanas e naturais.

Müller sustenta que embora a postura tradicional relacionada às ciências naturais – que pressupõe uma posição independente do sujeito cognoscente, alocando-o fora do processo de formação do conhecimento, de modo que não se relaciona com o objeto cognoscível – ainda goze de certo grau respeitabilidade, a própria premissa científica sobre a qual edifica a sua pretensão de verdade vem sendo questionada. “O respectivo campo de investigação do naturalista também é co-definido pelas operações da consciência cognoscente”, observa Müller, afirmando ainda que nas “[...] ciências

naturais, o componente temporal não admite mais considerar que um experimento possa ser repetido de forma absolutamente idêntica”

Com essas reflexões, Müller se coloca diante do problema fundamental dos fundamentos do positivismo jurídico: a pretensão de uma ciência do direito dotada do mais elevado grau de objetividade e racionalidade, para cuja realização os métodos semelhantes aos das ciências naturais seriam utilizados. Questionando tais paradigmas, o jurista alemão preocupa-se em saber quais os limites razoavelmente realizáveis pela ciência jurídica e pela aplicação do Direito, para além do dualismo de Wilhelm Windelband entre ciências “idiográficas” – operadas segundo uma lógica individualizante – e “nomotéticas” – marcadas por uma pretensão de generalidade –, de modo a ceder lugar a um “conglomerado de elementos normativos e factuais, distintivo do direito.”

O projeto de Müller é, sob o ângulo de suas pretensões, bastante ambicioso, na medida em que busca compatibilizar, no domínio de sua *Teoria Estruturante do Direito*, as categorias “direito” e “realidade”, de modo a possibilitar uma ideia de *normatividade* a qual assinale uma qualidade *dinâmica* da norma jurídica, que ao mesmo tempo em que identifica o papel ordenador da realidade que lhe é inerente – sua *normatividade concreta* –, lhe reconheça a possibilidade de ser condicionada e estruturada por esta mesma realidade – *normatividade materialmente determinada* – ideia que ficará mais clara ao longo desta exposição.

Müller busca superar uma “objetividade da ciência jurídica” nos termos propostos pelo positivismo, em que direito e realidade encontram-se justapostos “em si” sem qualquer relação recíproca, posição que reifica a aplicação da logicidade formal no Direito, enaltecendo a unidade do ordenamento, concebendo-o como formalmente completo, de modo a não contemplar lacunas.

Contudo, este tipo de compreensão da objetividade da ciência da norma, segundo Müller, obscurece o caminho concreto que lhe é subjacente e que consciente ou inconscientemente é percorrido pelo intérprete: até mesmo quando se faz uso de silogismos lógicos em um raciocínio tipicamente dedutivista as normas não são nada mais do que pontos de referência para futuras concretizações possíveis.

Em outras palavras, para Müller, mesmo quando o intérprete, pretensamente, *subsume* os fatos *existentes* às normas supostamente *preexistentes*, a pretexto de que o faz, sob o abrigo de um raciocínio puramente objetivo e racional – preservando-se o caráter científico do Direito –, na verdade está produzindo uma *nova* norma jurídica, fruto de um processo de *concretização*, processo este que, para Müller, deve ser esclarecido e cuja estrutura deve ser aprofundada.

Além da crítica formulada ao positivismo kelseniano e às diversas facetas do positivismo desde de sua forma peculiar em Laband, Friedrich Müller também infirma as posições assumidas por Heller, Smend e E. Kaufmann. Tais posições pecam, segundo Müller, pelo forte conteúdo genérico que lhes é marcante, permanecendo uma questão que, para Müller, é decisiva: “a quais passos individuais, controláveis da decisão jurídica prática, podem referir-se metáforas como ‘dialética’, ‘polaridade’, ‘atribuição correlativa’?”

Com isso, embora Müller reconheça a importância de tais teóricos, a exemplo de Heller e Smend para a construção de uma concepção material de constituição, Müller sustenta que deve-se alterar o enfoque indagativo, de modo a proporcionar a especificidade da ciência do direito, enquanto ciência humana, no processamento de

uma divisão funcional de trabalho entre a dogmática jurídica e sociologia, de modo a afastar-se, de um lado, a pretensão de calculabilidade matemática do Direito nos termos kelsenianos, e, de outro, a truculência a que pode se sujeitar o Estado de Direito se negar-se ao teor literal de sua positividade a importância que radica na aporia fundamental inerente ao próprio conceito e pretensão do Direito de universalidade e racionalidade, “apesar da e justamente na contingência histórica e social”. Esta ideia irá desaguar em uma nova proposta subscrita por Müller, em que se analisa o *método* inserido na sua intransponível limitação, mas indiscutível utilidade no controle racional do processo de *concretização*, conforme se verá.

Sobre o sentido que a lógica da ciência jurídica assume em sua teorização, notadamente acerca dos *cânones* interpretativos, sustenta o jurista de Heidelberg que “os *cânones* [...] não podem ser concebidos como sistema fechado de dados preexistentes subsumíveis, ‘aplicáveis’.” E arremata afirmando que “na experiência da práxis nem o caso solucionando nem os auxílios interpretativos nem a norma evidenciam ser previamente dados. Só por meio da metódica é possível distinguir entre a interpretação e o desenvolvimento do direito.” Conforme escreve Müller,

Metódica deve poder decompor os processos da elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para abrir o caminho ao *feed-back controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais* (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) *e da ciência jurídica*.

Para Müller, portanto, a norma “não existe, não é ‘aplicável’”, somente vindo a efetivamente se materializar com o processo de concretização, intermediado pela *metódica*, cujas limitações são explicitamente reconhecidas pelo jurista alemão, que a caracteriza como sendo relativa, mas de suma importância e utilidade para o controle deste procedimento. Em todo caso, esta metódica não viabiliza um processo de concretização aberto, dissociado de qualquer parâmetro fixado pelo Estado de Direito, o que seria de todo inaceitável. Na verdade, a *concretização* refere-se e subordina-se ao próprio teor literal do dispositivo interpretado, de modo a se distanciar, por exemplo, do catálogo ilimitado de *topoi* preconizado pela Tópica, quando diante de um caso concreto e de um texto de norma.

Müller dedica-se, profundamente, a esta questão, e, embora afirme a diferença estrutural entre a *tópica* e a metódica estruturante, afirma, de igual modo, que “tópica e metódica estruturante dependem uma da outra na práxis.”. Com isso, Müller pontua o caráter *tópico* do processo *concretista* – cujas características serão mais a frente aprofundadas –, mas sublinha que este processo encontra limitações que se distanciam do amplo catálogo de *topoi* que pode ser utilizado pelo intérprete que faz uso do raciocínio tópico. Na verdade, a lógica concretista de Friedrich Müller é tópica, no exato sentido em que cada situação concreta irá condicionar a própria construção da norma jurídica *concretizanda*, já que o recorte da realidade fática, como se verá, condiciona e influencia a norma jurídica *concretizada*.

À vista destas considerações preliminares, pode-se afirmar que o conteúdo de uma *norma jurídica* somente será estremo, na linguagem de Müller, mediante

um *trabalho* de interpretação em um processo amplo e global de *concretização*. Sua estrutura – da norma jurídica – seria marcada, primeiramente, por dados veiculados *diretamente* pela linguagem (os chamados *dados de linguagem*) e também pelos dados indiretamente veiculados pela linguagem (que possuem *nexo com a realidade*). Segundo Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, e conforme se pôde observar das ideias anteriormente lançadas, “na metódica estruturante, o dualismo norma/realidade é substituído por uma concepção de norma como integrante da própria realidade”.

Partindo da distinção de matriz heideggeriana e gadameriana entre o *texto* e a *norma* (que se extrai do primeiro), Müller defende que um conceito de norma jurídica que ele chama de *pós-positivista* e que é composto de dois elementos principais: o *programa da norma* (ou *programa normativo*) e o *âmbito da norma* (ou *âmbito normativo*). A tarefa do intérprete seria “identificar o âmbito de proteção do direito, os seus contornos” mediante a delimitação destes dois elementos da norma jurídica, em um processo amplo de *concretização*. Neste contexto, conforme exprime Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, “norma e realidade são termos de mútua implicação, pois o conteúdo daquela primeira é o resultado da concretização, processo no qual a segunda adquire uma especial relevância”.

Por *programa normativo* Müller se refere ao “resultado da interpretação do texto da norma, formado a partir dos dados primaciais de linguagem”, distinguindo-o do *âmbito da norma*, que significa dentro da Teoria Estruturante de Müller um conceito que “se refere às partes integrantes materiais da normatividade que são co-constitutivas da norma”, ou, conforme Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, traduz “o setor da realidade social onde deve ser aplicado o programa normativo”. Müller distingue, ainda, outras duas categorias no âmbito da interpretação da norma jurídica, chamadas de *âmbito do caso* e *âmbito material*. Por *âmbito material* Müller se refere a todas as possibilidades fáticas que podem se relacionar ao caso concreto, sendo o *âmbito do caso* uma espécie de “recorte no âmbito material”. O *âmbito da norma* pode ser formado com a “perspectiva valorante do programa da norma a partir do âmbito material ou do âmbito do caso” Müller deixa claro, portanto, que *âmbito da norma* não é uma categoria jurídica que faz ressurgir a Teoria da *Força Normativa dos Fatos* (Jellinek), tendo em vista que sua existência valorativa se relaciona aos limites linguísticos que são estabelecidos pelo *programa normativo*.

Estabelecidas estas *categorias*, Müller passa a trabalhar com *elementos de concretização da norma*, levando sua metódica aos aspectos mais específicos – que refogem aos limites deste trabalho. Müller distinguindo-os, basicamente, segundo sejam utilizados no processo de delimitação do *texto da norma* ou no processo de aferição dos teores materiais que resultam de uma análise do *âmbito da norma*. Em relação aos elementos utilizados para a aferição do *texto da norma*, a que Müller chama de Elementos Metodológicos *Strictiore Sensu*, Müller faz referência aos cânones tradicionais de interpretação (interpretação gramatical, elementos históricos, genéticos, teleológicos etc.) – que, conforme se sublinhou anteriormente, não funcionam como um sistema fechado –, a princípios de interpretação constitucional; a subcasos de regras tradicionais de interpretação (*praticabilidade*; *interpretação a partir do nexo da histórias das ideias*; *critério de aferição do efeito integrante*; *princípio da unidade da constituição*; *quadro global de Direito pré-constitucional*; *nexo de normas de direitos fundamentais e de competência*; *concordância prática*; *força normativa da constituição*) e axiomatizabilidade do Direito Constitucional, que seria uma espécie

de aplicação da tecnologia eletrônica na aplicação do Direito, substituindo-se a racionalidade humana no processo, tal como ocorre, segundo Müller, com o Direito Tributário e Previdenciário nos casos de notificação de tributos a pagar e de aposentadorias a receber.

No que diz respeito à metódica aplicável ao *âmbito do caso*, Müller aponta como uma tarefa do jurista a inclusão de dados da Sociologia, da Política, da Economia e de outras ciências no processo de concretização da Constituição – e neste ponto a ideia se alinha, de modo inequívoco, com a proposta de Geny –, no que se coloca favorável a um treinamento multidisciplinar do jurista desde sua formação acadêmica, a fim de possibilitar o real alcance do *âmbito da norma* aplicável ao caso concreto.

A metódica concretista prossegue em ainda outras quatro fases, permeada de elementos *dogmáticos* – caracterizados pelos julgados de tribunais, pelos manuais acadêmicos e pelos próprios textos legislativos – elementos de *técnicas de decisão*, de *teoria* e, finalmente, elementos de *política constitucional*.

O passo seguinte da teoria estruturante de Müller direciona-se ao estabelecimento de uma espécie de hierarquia ou preferência em relação aos elementos utilizados no processo de concretização (Müller chama de uma *hierarquia dos elementos de concretização*), ideia que, segundo Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz e Ralph Christensen, traduz a maior fragilidade de sua teoria.

Essas são as principais diretrizes que norteiam a teorização de Friedrich Müller, que, para os limites deste trabalho, foram expostas brevemente, apenas para possibilitar uma análise comparativa, doravante exposta em sede conclusiva, entre a sua Teoria Estruturante do Direito e a Escola da Livre Investigação Científica de François Geny. É a partir das ideias aqui desenvolvidas que será traçado o paralelismo entre ambas.

3 CONCLUSÕES

De uma análise comparativa das teorias de Friedrich Müller e de François Geny, algumas conclusões podem ser enumeradas. A princípio, ambas as teorizações buscam, incessantemente, a concretização do Direito a partir *realidade* – num enfoque nitidamente multidisciplinar –, reconhecendo-se a insuficiência do raciocínio positivista – no caso de Müller – ou exegético – no caso de François Geny.

Em Friedrich Müller, parte-se do *texto* – *dado* pelas fontes formais – para se chegar à *norma*, que não se confunde com o primeiro e que possui autonomia própria, *construída* em cada caso em que se faz uso do *trabalho de concretização* (a metódica concretista propriamente dita). Em François Geny, as fontes formais (para ele, a lei e os costumes) são consideradas insuficientes para a solução de problemas relacionados à interpretação, e, quando o intérprete estiver diante de uma lacuna, não superável por intermédio de uma analogia, poderá adotar um procedimento *construtivista*, no sentido de aplicar o Direito a partir de uma *livre investigação científica*, que, embora se denomine *livre*, se pretende objetiva e delimitada, mas que, neste ponto, não logra enumerar elementos concretos que proporcionem o seu controle.

Podem ser enumeradas, enfim, as seguintes semelhanças entre as teorias aqui analisadas: *ambos os autores reconhecem a insuficiência da literalidade* dos dispositivos legais no escopo de resolver problemas de interpretação – embora haja uma clara diferença no aspecto semântico que os autores emprestam aos termos *programa normativo* e

texto, no caso de Müller, e literalidade, no caso de Geny; há uma busca de aproximação entre o Direito e a Realidade, em Geny com a categoria *construído* e em Müller com o *âmbito da norma*; há o reconhecimento da importância de *um trabalho multidisciplinar* na interpretação do Direito, a fim de se determinar a parcela da realidade aplicável ao caso concreto; percebe-se, em ambos os autores, a *inclusão de fatores externos ao Direito positivo na solução do caso concreto*, embora Müller o faça para incluir o conceito de âmbito da norma na própria conceituação de norma jurídica.

No que tange aos limites da interpretação constitucional, Müller se esforça em postular que o *programa normativo* limita a extensão do alcance da norma jurídica por intermédio da categoria *âmbito normativo*, mas não parece deixar claro como esse processo deve ocorrer. Perde-se, neste caso, em estabilidade e em racionalidade jurídica, podendo-se, com isso, dar lugar a um discurso decisionista, no sentido de *escolha autoritária* dos fatos que eventualmente devam fazer parte do conceito de *âmbito da norma*, tal como verificou-se em Geny. Neste, como se viu, esta limitação é ainda menos presente. O jurista francês também insiste em estabelecer a literalidade como limite, embora sustente que o trabalho de interpretação deve ser construído com o auxílio de uma investigação multidisciplinar. Em ambos os casos, contudo, a percepção (ou não, no caso de Geny) de que o ato de estabelecimento concreto do recorte da realidade depende da pré-compreensão do intérprete, nos termos gadamerianos, parece não interferir de um modo pré-estruturado na ideia final por eles propugnada (da insuficiência da *literalidade* ou do *programa normativo* na solução de casos). Percebe-se, assim, uma semelhança entre as limitações defendidas, já que o que Müller entende por *programa normativo* – o limite por ele estabelecido – compatibiliza-se com a ideia de *literalidade da lei* de Geny, embora com ela de fato não se confunda, já que parte de algumas concepções ainda não presentes quando da teorização do jurista francês.

Sob o prisma de tais considerações, pode-se concluir no sentido de identificar um *paralelismo* entre as ideias de François Geny – com a Escola da Livre Investigação Científica – e a teorização de Friedrich Müller – com sua Teoria Estruturante do Direito – em cujos contornos produz visível ressonância.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, n. 43, abril-jun, 2003.

CHRISTENSEN, Ralph. **Teoria Estruturante do Direito**. In: MÜLLER, Friedrich. O Novo Paradigma do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: Diálogos entre a Hermenêutica Filosófica e a Hermenêutica Jurídica**. Universidade de Brasília. Tese de Doutorado. Brasília, 2008.

DAU-LIN, Hsü, **Mutación de La Constitución**. Tradução espanhola de Christian

Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GENY, François. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. Madrid: Reus, 1925.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEMAITRE, Julieta. **Legal Fetishism at Home and Abroad**. Disponível em <http://www.legalleft.org/wp-content/uploads/2008/04/3unb006-lemaitre.pdf>. Acesso em 25 outubro 2009.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MELLO FILHO, Rogério Machado. **A Aplicação do Direito sob a Ótica das Escolas de Interpretação das Normas jurídicas**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_50/artigos/art_rogerio.htm acesso em 23 outubro 2009.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Teoria Estruturante do Direito I**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chäim. **Lógica Jurídica**. Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 115-145.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.